



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987-1989

Kley, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53317>

Book Section

Originally published at:

Kley, Andreas (2011). Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987-1989. In: Zufferey, Jean-Baptiste; et al. L'homme et son droit: Mélanges en l'honneur de Marco Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire. Zürich: Schulthess Verlag, 227-240.

Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987–1989

ANDREAS KLEY

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	227
I. Freiheitsrechte als subjektives und objektives Recht.....	227
II. Das Bundesgericht löst einen Wissenschaftsstreit aus	230
III. Die Frühjahrstagung 1988 der Staatsrechtslehrer	232
IV. Der Drittwirkungsstreit an der Alma Mater Bernensis	234
V. Würdigung des Drittwirkungsstreits	238

Einleitung

Die Drittwirkung der Grundrechte scheint heute generell akzeptiert zu sein, hatte sie doch der schweizerische Verfassungsgeber 1999 in Art. 35 BV anerkannt. Zweifel an dieser These können jedoch deshalb aufkommen, weil das Bundesgericht in mehreren zur Drittwirkung geeigneten Fällen Art. 35 BV nicht angewandt hatte, sondern diese über das Wettbewerbsrecht abwickelte. Die Zweifel finden ein historisches Fundament, hatte doch die schweizerische Literatur und namentlich die Berner Fakultät heftig über die Drittwirkung gestritten. Die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte beruht auf einem an sich schon immer dagewesenen Verständnis der Grundrechte als objektivrechtliche Normen. Danach stellen die Grundrechte Ordnungsprinzipien dar, die in der gesamten Gesetzgebung und übrigen Tätigkeit des Staates zu beachten sind. Dieses ergänzt das traditionell im Vordergrund stehende Verständnis der Grundrechte als subjektive (Abwehr-) Rechte, die zum Schutz der Individualfreiheit berufen sind. Die subjektive Dimension der Grundrechte zeigt sich darin, dass der Staat Verfahren zur Verfügung stellen muss, welche die Ansprüche im Streitfall gegen den Staat durchsetzen.

I. Freiheitsrechte als subjektives und objektives Recht

Die Freiheitsrechte entstanden aus dem prekären Verhältnis des einzelnen zum Staat. Dessen Übermacht, historisch gesehen der (britischen) Krone gegenüber den Menschen, hat nach dem Schutz bestimmter, unverrückbarer

Rechtspositionen des Menschen verlangt. Die Freiheitsrechte, die sich gegen den Staat richten, schützen diese Positionen¹.

Die Individualfreiheit wird freilich nicht vom Staat allein gefährdet. Die Erfahrungen aus dem Ancien Régime haben die Notwendigkeit erwiesen, die Macht privater Verbände und Körperschaften (Zünfte) einzuschränken. Der Gedanke, dass der einzelne nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber mächtigen Privatpersonen oder Personenvereinigungen geschützt werden muss, ist alt. So hatte sich die französische Revolution ausdrücklich gegen die Zwangskorporationen und Zünfte gewandt und die Bildung mächtiger Personenzusammenschlüsse verboten. Dieses sog. «Le-Chapelier-Gesetz»² war fast hundert Jahre in Kraft. In der französischen Revolution war der Zusammenhang zwischen Bürgerfreiheit und freiheitlicher Zivilgesetzgebung von Anfang an erstellt. Die Nationalversammlung stellte die «Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789» der Verfassung vom 3. September 1791 voran. Sie enthielt zwar keine Klausel, welche direkt die Zivilgesetzgebung ansprach. Nach ihrer Konzeption waren die Rechte der französischen Erklärung der Menschenrechte nicht vor Gericht einklagbar, sondern lediglich als *objektives Recht* formuliert. Sie sollten eine Leitlinie für die Gesetzgebung darstellen³. Deshalb bestimmte die Verfassung von 1791 im ersten Titel über die Grundrechte: «Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume»⁴. Eine freiheitliche Zivilgesetzgebung war von Anfang an das Anliegen der bürgerlichen Revolution. Diesen Kodifikationsauftrag hatte Napoléon 1804 zu Ende gebracht. Der «Code Napoléon» trug wesentlich dazu bei, «der französischen Gesellschaft wichtige Errungenschaften der Revolution zu erhalten: die Abschaffung der Privilegien und die Gleichheit vor dem Gesetz, die Bewahrung des Grundeigentums und insbesondere der neuen Eigentumsverhältnisse durch den Verkauf der Nationalgüter»⁵. Frankreich setzte die Idee der bürgerlichen Freiheitsrechte zunächst ausschliesslich über die Gesetzgebung um. Die Menschenrechte *waren als objektive Rechte konzipiert*.

Die Entwicklung in Amerika ist etwas anders verlaufen und hat die europäische objektivrechtliche (oder institutionell-konstitutive) Grundrechtskonzeption sozusagen überlagert. Die amerikanische Bill of Rights (1791 als Nachtrag zur Verfassung erlassen) wurde fast gleichzeitig wie die französische Erklärung der Menschenrechte ausgearbeitet. Bei beiden wirkte übrigens der amerikanische Politiker Jefferson mit. Die amerikanische Erklä-

¹ Vgl. Andreas Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich 2011, S. 310 ff.

² Vgl. die Ansprache von Le Chapelier vom 14. Juni 1791 in der französischen Nationalversammlung, Ulrich Müller (Hrsg.), *Lust an der Geschichte: Die französische Revolution 1789-1799. Ein Lesebuch*, München 1988, S. 120–125.

³ Vgl. Andreas Kley, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Bern 2008, S. 105, 153.

⁴ Text: Jacques Godechot (Hrsg.), *Constitutions de la France depuis 1789*, Paris 1995, S. 33 ff. (37).

⁵ Peter Schunck, *Geschichte Frankreichs*, München/Zürich 1994, S. 198.

rung war vom englischen Recht bestimmt und kasuistischer abgefasst. Die zehn ersten Amendments der Unionsverfassung von 1791 waren als Teil des unmittelbar geltenden Rechts vor Gericht einklag- und durchsetzbar. Es handelte sich um *subjektive Rechte*⁶. Dieses Verständnis der Freiheitsrechte sollte sich später in ganz Europa durchsetzen. Die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte ist dabei nachgerade etwas in den Hintergrund gerückt, aber keineswegs in Vergessenheit geraten.

Im Zuge der Industrialisierung des 19. und 20. Jahrhunderts hat sich der Bedarf nach Freiheitsschutz des Einzelnen gegenüber mächtigen Privaten akzentuiert. Im 19. Jahrhundert haben die Gewerkschaften und die Sozialisten gefordert, dass die Freiheitsrechte auch im privaten Arbeitsverhältnis zu beachten seien, insoweit namentlich ein wirtschaftliches Machtgefälle die Freiheit der Einzelperson zu beeinträchtigen vermag. Die wirtschaftlichen Verwerfungen im Ersten Weltkrieg und der Kampf der Meinungen haben das Postulat aufkommen lassen, dass die wirtschaftliche Freiheit und die Pressefreiheit auch im Verhältnis zwischen Privaten gelten sollten. Die Weimarer Reichsverfassung (WRV) hatte versucht, über Grundrechte einen Machtausgleich zu erreichen⁷. Gemäss Art. 118 Abs. 1 Satz 2 WRV⁸ darf kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit behindern. Art. 159 WRV erklärt alle Abreden und Massnahmen, welche die Vereinigungsfreiheit beeinträchtigen, für rechtswidrig⁹. Damit ist die eigentliche Drittwirkungs-Diskussion, die nach dem Zweiten Weltkrieg voll einsetzte, eröffnet worden. In der Schweiz hatten Dietrich Schindler sen. und Hans Huber diese Idee schon in der Zwischenkriegszeit formuliert¹⁰; sie sollte nach dem Zweiten Weltkrieg im deutschsprachigen Raum immer mehr Platz greifen.

Dieser Auffassung widersprach der liberale Zürcher Staatsrechtslehrer Zaccaria Giacometti. In einem Gutachten zur Zulässigkeit einer Entlassung eines Arbeitnehmers wegen Beitritts zu einer Gewerkschaft führte er aus¹¹:

«Die Freiheitsrechte (...) sind selbstverständlich nur gegen den Staat als Träger von Imperium, das heisst gegen die staatlichen Behörden, insofern sie obrigkeitlich auftreten, und nicht auch gegen Privatpersonen gerichtet. Denn die Freiheitsrechte garantieren bestimmte Freiheiten des Individuums vom Staate; sie dienen also lediglich dem

⁶ Vgl. Jürgen Heideking, Geschichte der USA, Tübingen/Basel 1996, S. 75.

⁷ Vgl. Albert Hellwig, Kommentar zu Art. 118 WRV, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 2, Berlin 1930, S. 1 ff., insb. S. 56 ff.

⁸ Vgl. zum Text die vorstehende Anmerkung.

⁹ Vgl. Hans Carl Nipperdey, Kommentar zu Art. 159 WRV, in: HANS CARL NIPPERDEY, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 3, Berlin 1930, S. 385 ff (431).

¹⁰ Vgl. Kley (Anm. 1), S. 120, 164 m.w.H.

¹¹ Gutachten vom 21. Februar 1942, erstattet dem Sekretariat des Schweizerischen Verbandes des Personals öffentlicher Dienste, nicht veröffentlicht (Maschinenschrift), S. 1 f.

Schutze dieser Freiheiten gegenüber der Staatsgewalt und können daher logischerweise auch nur vom Staate, das heisst von den einzelnen Staatsorganen verletzt werden. Ein Privater (...) kann somit begrifflich ein Freiheitsrecht gar nicht verletzen; ihm gegenüber sind die Freiheitsrechte eben nicht geschützt. Eine Berufung auf die Freiheitsrechte der Bundesverfassung durch eine Privatperson gegen eine andere kann daher überhaupt nicht in Frage kommen».

Giacometti argumentierte in der Folge zivilrechtlich und kann zum Ergebnis, dass die fristlose Kündigung wegen eines Beitritts zu einer Gewerkschaft mangels eines wichtigen Grundes unzulässig sei. Seine liberale Haltung konnte er mit dem geltenden Zivilrecht hinreichend darstellen. Giacomettis tradierte Auffassung sollte allerdings im Laufe der Jahre immer mehr ins Hintertreffen geraten. Die Idee der Drittwirkung setzte sich in der Wissenschaft immer mehr durch.

In der Schweiz krönte der Verfassungsgeber 1999 das objektivrechtliche Verständnis der Grundrechte, indem er in Art. 35 Abs. 1 BV normierte, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zum Ausdruck kommen sollten und in Abs. 3 die mittelbare Drittwirkung festschrieb. Bevor es zu dieser verfassungsrechtlichen Anerkennung, ja sogar Auszeichnung kam, führte die Rechtswissenschaft eine ausgiebige Diskussion über diese Dimension der Freiheit. Sie fand viele Bezeichnungen, was zum Teil auf die wenig präzisen und vagen Vorstellungen ihrer Promotoren zurückzuführen war.

Das Postulat dritt- oder privatrechtswirkender Grundrechte hat international immer wieder und in der Schweiz Ende der 1980er Jahre kontroverse Diskussionen ausgelöst. Die Meinungen wanken zwischen grundsätzlicher Ablehnung und vehementer Befürwortung. In der Berner staats- und rechtswissenschaftlichen Fakultät führten die Professoren des Privatrechts und des öffentlichen Rechts diese Diskussion so heftig, dass sie in einen persönlichen Streit mündete. Der Streit geht aber über das Persönliche hinaus; er markiert einen grundlegenden Wandel über die gesellschaftliche Anschauung von Freiheit.

II. Das Bundesgericht löst einen Wissenschaftsstreit aus

Das Bundesgericht fällte 1985 ein zivilrechtliches Urteil, das die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung von streikenden Arbeitnehmern bei ihrer Arbeitgeberin, der Eschler-Urania AG, zu beurteilen hatte¹². Das Bundesgericht bejahte die Zulässigkeit der Entlassungen, aber in den Erwägungen dieses Urteils finden sich verfassungsrechtliche Ausführungen, die in der Sache nichts an der Begründung änderten, sondern weitgehend

¹² BGE 111 II 245; vgl. dazu ausführlicher Kley (Anm. 1), S. 322 f.

obiter dicta darstellten. Das Bundesgericht prüfte nämlich zusätzlich, ob es ein ungeschriebenes Recht auf Streik gebe, liess die Frage aber offen. Sodann erörterte es die theoretische Frage, ob ein allfällig verfassungsrechtlich garantiertes Streikrecht eine Dritt- oder Horizontalwirkung habe und ob ein insofern rechtmässiger Streik den Arbeitsvertrag verletzen könne. Auch diese Frage liess es offen und entschied allein aufgrund zivilrechtlicher Überlegungen: Es liege ein unverhältnismässiger Streik vor, der damit ohnehin nicht rechtmässig sei. Die für den konkreten Fall irrelevanten verfassungsrechtlichen Ausführungen mussten auffallen; das Bundesgericht zitierte frühere Fälle mit ähnlicher Konstellation, die es allerdings rein zivilrechtlich abgehandelt hatte. Offenbar hatten die an den Fakultäten unterrichteten Grundrechtslehren¹³, namentlich die Drittwirkungslehre, Eindruck gemacht. Die Studenten stiegen später zu Gerichtsschreibern und Richtern auf und trugen die Lehre in die Praxis und in das Bundesgericht.

Die Professoren unterrichteten die modernen Grundrechtslehren zwar an allen Fakultäten, aber die modernen Lehren erfuhren an der Berner Fakultät eine intensive Pflege. Hans Huber hatte das Terrain vorbereitet¹⁴. Sein Nachfolger Jörg Paul Müller und ab 1976 Peter Saladin vertraten den Stoff im Unterricht. Ihr Berner Kollege, der Privatrechtsprofessor Eugen Bucher (*1929), nahm 1987 das Bundesgerichtsurteil i.S. Streik bei Eschler-Urania zum Anlass, eine Attacke gegen den grundrechtlichen «Modernismus» der Drittwirkungslehre zu führen, die er in zwei fast gleichzeitig erschienenen Artikeln unterbrachte¹⁵. Bucher widersprach der Urteilsbegründung und der Ausweitung der Grundrechte in zivilrechtliche Verhältnisse hinein und kritisierte¹⁶, dass die Freiheitsrechte nach der neuen Grundrechtstheorie keinen negatorischen Gehalt mehr hätten, d.h. den Einzelnen nicht mehr «davor schützen, durch staatliches Normsetzen oder Handeln unzulässig beschränkt zu werden». Denn diesem Verständnis werde «neuerdings eine andere Konzeption gegenübergestellt: Jene von der Verfassung gewährten Rechte, die nicht mehr Freiheitsrechte, sondern *Grundrechte* heissen, sollen nicht bloss *defensiv*, sondern *konstitutiv* oder *institutionell* verstanden werden». Sie seien ein klarer Auftrag an den Staat, für die Grundrechtsverwirklichung im weiten gesellschaftlichen Raum zu sorgen.

Bucher schrieb in seinem Artikel in der *Juristen-Zeitung* über sich: «Glücklicherweise darf er erwarten, mit einer solchen (Auseinandersetzung; A.K.) das freundschaftlich-kollegiale Einvernehmen mit seinen Diskussions-

¹³ Vgl. Kley (Anm. 1), S. 304 ff.

¹⁴ Vgl. Kley (Anm. 1), S. 310 ff.

¹⁵ Eugen Bucher, Gibt es ein verfassungsmässiges «Streikrecht» und lässt sich diese Vorstellung ins Privatrecht übertragen?, in: recht 1987, S. 9–18; ders., Drittwirkung der Grundrechte? Überlegungen zu «Streikrecht» und «Drittwirkung» i. S. von BGE 111 II 245–259, in: SJZ 83 (1987), S. 37–47.

¹⁶ Bucher, Drittwirkung (Anm. 15), S. 37.

partnern nicht zu gefährden»¹⁷. Es kam aber anders, der zum Teil abwertende Tonfall und die Härte der Kritik brachten Bucher zunächst einen öffentlichen Ordnungsruf von René Rhinow ein: *So nicht!*¹⁸. Wenige Nummern der *Schweizerischen Juristen-Zeitung* später erhielt Bucher die Unterstützung von Suzette Sandoz, die die Drittwirkungslehre für eine «redoutable confusion» hielt¹⁹. Bucher und Sandoz folgten der Haltung von Giacometti²⁰, der die Idee einer Drittwirkung nicht mit seiner liberalen Grundrechtsauffassung vereinbaren konnte.

Bevor überhaupt eine öffentliche Debatte über diese Fragen geführt wurde, nahmen sich die schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer des Themas an. Selbstverständlich waren Privatrechtler an der Tagung nicht zugegen; die Diskussion verlief durchaus sachlich und liess nach dem Protokoll jede emotionale Aufwallung vermissen.

III. Die Frühjahrstagung 1988 der Staatsrechtslehrer

Die Drittwirkungsdebatte an der Berner Fakultät²¹, führte wohl dazu, dass die Tagung der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer vom 23. April 1988 in Zürich²² das Thema: «Einfluss des ‹konstitutiven Grundrechtsverständnisses› auf Gesetzgebung und Rechtsanwendung» diskutierte.

Die Befürworter der Theorie, etwa Jörg Paul Müller, Peter Saladin und Peter Häberle, traten keineswegs für eine exzessive konstitutiv-institutionelle Wirkung ein. Es schien gar, als würden sie ihren Ansatz etwas zurücknehmen. Saladin sagte: «Ich selbst habe das Bild verwendet, dass die Grundrechte bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung ausstrahlen müssten; dies würde ich heute nicht mehr so formulieren. Das Bild ist nämlich schief (...)»²³. Saladin betonte, dass die Verfassung die Gesetzgebung bestimmen muss, was man aus den unbestimmten Formulierungen zu verschiedenen Grundrechten ersehe. Auch Jörg Paul Müller unterstützte diese Haltung, wobei er klar festhielt, dass er die Politik nicht durch die staatsrechtliche Dogmatik ersetzen wolle²⁴. Häberle wollte keine Entweder-Oder-Diskussion füh-

¹⁷ Bucher, Drittwirkung (Anm. 15), S. 38.

¹⁸ René Rhinow, *So nicht!* – Zum Stil wissenschaftlicher Kritik – Anmerkungen zum Aufsatz von Eugen Bucher, in: SJZ 83 (1987), S. 99 f.

¹⁹ Suzette Sandoz, Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion, in: SJZ 83 (1987), S. 214 ff.

²⁰ Vgl. Anm. 11.

²¹ Vgl. die Nachweise zur Literatur bei Kley (Anm. 1), S. 324 Anm. 2062.

²² Protokoll der Tagung vom 23. April 1988 in Zürich.

²³ Protokoll vom 23. April 1988 (Anm. 22), S. 10. Ebenso wollte Saladin nicht mehr von einer «kopernikanischen Umwertung» sprechen, vgl. Saladin, Grundrechte (Anm. 43), S. 88.

²⁴ Protokoll vom 23. April 1988 (Anm. 22), S. 15.

ren, sondern «manches aus der Staatsaufgabenlehre, manches aus den positiv verstandenen Grundrechten herauslesen»²⁵.

Die Kritiker der konstitutiv-institutionellen Theorie befürchteten eine Inflationierung und damit Abwertung der Freiheitsrechte oder bezweifelten deren Nutzen, denn der Gesetzgeber könne auch ohne Rückgriff auf die Grundrechte tätig werden²⁶. Jean-François Aubert lehnte die Theorie unter Hinweis auf die klassischen liberalen Freiheitsrechte ab²⁷:

«Quand j'ai vu le titre (...), je me suis dit: C'est une nouvelle manche dans ce vieux combat entre une conception défensive et une conception plus moderne des droits fondamentaux. Mais naturellement, les partisans de la conception plutôt défensive sont considérés comme viellots, dépassés, ils sont nécessairement eux-mêmes à la défensive. (...) Il me semble qu'ancienne qu'elle soit, la conception défensive, l'aspect défensif des droits fondamentaux reste l'aspect plus normal des droits fondamentaux. (...) Dès qu'on arrive aux mandats généraux au législateur, il y a un désaccord de langage: On pense que certains partisans de la conception constitutive des droits fondamentaux appellent du droit un postulat politique souhaitable».

Aubert sah zwei grosse Hindernisse gegen die systematische Berücksichtigung von Grundrechten in der Gesetzgebung. Zum einen: «La Constitution conduit souvent à opposer une liberté à une autre liberté». Damit wird die Berufung auf Grundrechte beliebig. Zum anderen bestehen finanzrechtliche Schranken, wenn die Rechtsanwender aus Grundrechten allgemeine Leistungsansprüche ableiten, denn für Ausgaben sind die Parlamente und zum Teil das Stimmvolk zuständig. Die liberaler ausgerichtete Staatsrechtslehre der Romandie hatte die Drittwirkung stets kritischer beurteilt. So lehnen Auer/Malinverni/Hottelier sie nicht ab, aber sie halten die Grundrechte nicht für adäquat, um privatrechtliche Konflikte zu lösen. Die Zurückhaltung zeigt sich auch daran, dass sie die «Drittwirkung» nicht durchgehend übersetzen («effet horizontal des droits fondamentaux»), sondern mitunter in ihrem französischen Text den deutschen Begriff «Drittwirkung» verwenden²⁸.

Ein durch die moderne Grundrechtstheorie mögliches neues Selbstverständnis der Staatsrechtslehrer brachte Pierre Moor zum Ausdruck. Er machte darauf aufmerksam, dass diese Theorie die politische Bedeutung der Staatsrechtslehre steigern und den Juristen erlaube, materiell gestaltend in die Gesetzgebung einzugreifen²⁹:

²⁵ Protokoll vom 23. April 1988 (Anm. 22), S. 9.

²⁶ Protokoll vom 23. April 1988 (Anm. 22), S. 7, 18 f.

²⁷ Alle Zitate: Protokoll vom 23. April 1988 (Anm. 22), S. 13.

²⁸ Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, 2^{ème} édition, vol. II, Berne 2006, S. 60 f.

²⁹ Protokoll vom 23. April 1988 (Anm. 22), S. 8.

«Quand je lis la doctrine, je constate une espèce de polémique contre un certain nombre d'autonomie politique qui existe à l'intérieur de l'Etat. Quelquefois on cherche à réduire la liberté du législateur, le pouvoir politique en disant: non, c'est pas dans la liberté du politique, c'est du droit. Alors ce droit doit être trouvé quelque part, dans la cour ou dans la Constitution. C'est pour ça que je parlais d'intérêt professionnel. Quelquefois je me demande s'il ne s'agit pas de réactions des juristes qui disent: nous juristes, c'est nous, c'est encore nous qui décidons parce que nous savons ce qu'il faut faire pour la constitution».

Moor sprach zu Recht die Eigeninteressen der Staatsrechtslehrer an, die J. C. Bluntschli 1865 schon erkannt hatte: «So ehrenwerth das Streben ist, überall vorerst dem Recht Anerkennung zu verschaffen, so muss man sich doch vor der Überspannung des juristischen Elements im Staate hüten»³⁰. Eine neue Theorie hatte nun tatsächlich diesen nicht ganz unangenehmen standespolitischen Nebeneffekt, den die Presse ab 2008 aufnahm³¹. Die zunehmende Bedeutung des Verfassungsrechts gab nicht nur den Professoren, sondern auch den Richtern scheinbar mehr Kompetenzen, was auf öffentliche Kritik stiess³².

IV. Der Drittwirkungsstreit an der Alma Mater Bernensis

An der Juristischen Abteilung der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern herrschte nach Buchers Artikel zunächst Ruhe. Zwei Tage nach der Tagung der Staats- und Verwaltungsrechtslehrer, am 26. April 1988, erschien in der Berner Studentenzeitschrift Jus-Njus ein Interview mit Jörg Paul Müller. Die Zeitschrift gab Müller mit der folgenden Äusserung zum Sinn des römischen Rechts wieder³³:

«Übernehmen wir mit Grundlagen des Römischen Rechts nicht auch immer etwas vom römischen Imperiumsdenken, und sei es nur die Vorstellung, dass jeder selber sein kleiner <Imperator> ist, der seinen Willensbereich behauptet und verteidigt? Wären nicht Alternativen zu

³⁰ Johann Caspar Bluntschli, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 6 (1864), S. 257 ff., S. 281.

³¹ Vgl. den Beitrag von Martin Schubarth, Voller Honigtopf, Weltwoche 2008 Nr. 46, S. 14 f.

³² Max Frenkel, Schöne neue Welt der Justiz, Weltwoche 2008 Nr. 40, S. 15; Martin Schubarth, Die Schweiz braucht keine Verfassungsgerichtsbarkeit, NZZ vom 15.10.2009, Nr. 239, S. 23; ders., Mehr Gerechtigkeit durch Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: Festschrift für Hans Giger zum 80. Geburtstag, Bern 2009, S. 367 ff.

³³ Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 26.4.1988, S. 6–21, S. 14.

einer Rechtskultur denkbar, in der sich alles um Besitz, Eigentum, Verfügung über Menschen und Sachen, Forderungen, Schulden dreht?

Die unreflektierte Übernahme einer Rechtsordnung unter Ausklammerung der Frage, welches Menschen- und Gesellschaftsbild ihr zugrunde liegt, ist leider noch immer viel zu stark verbreitet. Institute, welche sich über Jahrtausende hinweg entwickelt haben, werden übernommen wie eine Art juristische Mathematik mit universellem Geltungsanspruch. Genau hier müssen wir aber den Hebel ansetzen, uns im Wissen um die historische Bedingtheit einer Rechtsordnung und ihrer Institute die Frage stellen, ob sie wirklich jenen Weg weist, auf dem wir in Zukunft unsere menschlichen Beziehungen gestalten wollen».

Dieser von der Redaktion formulierte³⁴ Text in der Studenten-Zeitung gab in der Sitzung der Juristischen Abteilung vom 5. Mai 1988 Anlass zu einem wissenschaftlichen Streit³⁵. Müller hatte nämlich in diesem Interview das Thema der Drittwirkung der Grundrechte und der «Willensmacht» im Persönlichkeitsrecht wieder aufgegriffen: Schon in seiner Dissertation von 1964 finden sich entsprechende Ausführungen³⁶, die Eugen Bucher in seiner Rezension kritisch kommentiert hatte³⁷. Das Interview sprach also keineswegs ein neues Problem an, dennoch trat der Streit nach dieser Sitzung in die heisse Phase.

Eugen Bucher fand die von ihm bekämpften Auffassungen in einem weiteren Beitrag von Jörg Paul Müller, nämlich in der Kommentierung zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft³⁸ vor und veröffentlichte am 23. Mai 1988 universitätsintern eine «ergänzend-korrigierende Gegendarstellung», die er «zuhanden der bernischen Studenten» verfasste³⁹. Bucher wusste ein Urteil vom 6. November 1985 der zweiten zivilrechtlichen

³⁴ Feststellung von J. P. Müller, Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 6.12.1988, S. 40.

³⁵ Vgl. Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 14.6.1988, S. 3 (Editorial).

³⁶ Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts (Diss.), Bern 1964, S. 163 (Grundrechte als blosse «individuelle Willensmacht» bzw. «Abgrenzung von Willenssphären»).

³⁷ Eugen Bucher, Besprechung von Jörg Paul Müller, Grundrechte (Anm. 36), in: SJZ 1964, S. 226.

³⁸ Jörg Paul Müller, Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg Paul Müller, René Rhinow und Dietrich Schindler, Schriftleitung und wissenschaftliche Koordination Heinrich Koller, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (Loseblatt), die vom April 1987 datiert, aber erst später ausgeliefert wurde; vgl. Rz. 58 ff. zur Drittwirkung.

³⁹ Eugen Bucher, Gegendarstellung zur Kommentierung von J. P. Müller «Drittwirkung von Grundrechten» vom 23. Mai 1988 (hektographiert).

Abteilung auf seiner Seite, das der Drittwirkung eine Absage erteilte: Von Verfassungen wegen lasse sich an privatrechtlichen Beschränkungen des Eigentums «nicht rütteln»⁴⁰. Als die Redaktion der Studentenzeitschrift «Jus-Njus» eine Gegendarstellung Buchers zum Interview vom 26. April 1988 nicht abdruckte, verteilte der Autor seine Schrift inneruniversitär⁴¹. In der Folge tauschten sich verschiedene Professoren mündlich und schriftlich zur Frage aus, wie sich diese wissenschaftliche Meinungsdivergenz besprechen lasse.

Am 15. November 1988 erschien ein sachlicher und engagierter Beitrag von Peter Saladin in der *Schweizerischen Juristen-Zeitung*. Saladin antwortete Bucher – sozusagen in Vertretung seines Kollegen Müller – und stellte seine Position dar. Der Aufsatz fasst die Argumentation seiner Habilitationsschrift von 1970⁴² zusammen: Die Grundrechte sollten zunächst Befreiung verkünden, aber sie erhielten «von Anfang an auch eine <objektive> Funktion: nicht nur Schutz des einzelnen Individuums vor konkreten Angriffen staatlicher Macht war ihnen aufgegeben, sondern eben Gewährleistung von <Ordnungen>». Die Grundrechte hätten von Anfang an eine horizontale Wirkung gehabt, denn die «Verfassungen verlangten von den Bürgern wechselseitigen (durch Gesetz zu konkretisierenden) Respekt ihrer Grundrechte und der durch Grundrechte gesicherten <freien Ordnungen>; die Grundrechte nahmen also, mittels der Gesetze, die Bürger wechselseitig in Pflicht. (...) Der wechselseitige Respekt der Grundrechte seitens der Bürger ist gesetzliche Pflicht, mittelbar aber eben Grundrechts-Pflicht»⁴³. Damit machte Saladin das Charakteristikum allen institutionellen Denkens deutlich: Dieses will nicht Individualfreiheit schaffen, sondern die Menschen binden⁴⁴. Saladin anerkannte auch, dass die Drittwirkung durchaus auf politisch-ideologischen Voraussetzungen beruhte, der auf den Widerstand der Gegenseite stossen musste: «Und in diesem Kampf werden dann die Kontrahenten fairerweise auch ihre ideologischen Vor-Urteile offenlegen müssen»⁴⁵.

Die Redaktion des Jus-Njus kündigte wegen des Professorenstreits in der dem Interview folgenden Nummer eine Sondernummer an, sobald sich die «Exponenten über Stil und Form der Auseinandersetzung»⁴⁶ geeinigt hätten. In der Dezember-Nummer des Jus-Njus war es dann soweit: Die Professoren

⁴⁰ BGE 111 III 330 E. 5 S. 338.

⁴¹ Stellungnahme Bucher zum Interview Müller vom 13. Juni 1988 (hektographiert).

⁴² Vgl. Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, Habil., Bern 1970, S. 206, 308 f.

⁴³ Peter Saladin, Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. «Drittwirkung» der Grundrechte, in: SJZ 84 (1988), S. 373–384, auch in: ders., Die Kunst der Verfassungserneuerung, Basel 1998, S. 87–106, S. 88 f.

⁴⁴ Peter Saladin, Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, in: ZSR 87 (1968) I, S. 531 ff., insb. S. 533.

⁴⁵ Saladin, Grundrechte und Privatrechtsordnung (Anm. 43), S. 101.

⁴⁶ Editorial des Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 14.6.1988, S. 3.

Horst Albert Kaufmann und Bruno Huwiler äusserten sich als angesprochene Fachvertreter differenziert und sachlich zum Interview Müllers⁴⁷. Huwiler verstand dieses keineswegs «als offene Kriegserklärung an die Adresse des Privatrechts»⁴⁸. Bemerkenswert war freilich, dass es in der Sache nicht um das römische Recht, sondern um die Drittwirkung ging, der Bucher eine Absage erteilt hatte⁴⁹. In derselben Nummer liess sich Peter Saladin vernehmen; er rief zur Überwindung der Bipolarität von Privatrecht und öffentlichem Recht auf⁵⁰:

«Es wäre sachgerecht und höchst erwünscht, wenn Privatrechtler und Öffentlich-Rechtler, natürlich auch die Strafrechtler, gemeinsam solche Probleme bearbeiteten, sei es in Seminarien oder ähnlichen Veranstaltungen, sei es in gemeinsam erarbeiteten Texten. Das setzt allerdings die Bereitschaft hüben und drüben voraus, wechselseitig aufeinander zu hören und voneinander zu lernen und eine andere Sicht nicht von vorneherein als «unjuristisch» zu disqualifizieren».

Mit dieser öffentlichen Debatte von Professoren in der Studenten-Zeitung waren nicht alle zufrieden. Die Redaktion des Jus-Njus veröffentlichte den Artikel von Bucher nicht, weil sie offenbar «die Verantwortung für den Abdruck nicht übernehmen wollte». Der Übergangene veröffentlichte den Beitrag deshalb in einer vervielfältigten Schrift und erörterte ihn in seiner Vorlesung vom 15. Februar 1989⁵¹. Auf der Gegenseite konnte eine Antwort mit der Aufforderung an alle Kollegen, dem Problem Aufmerksamkeit zu schenken, nicht ausbleiben. Unter den Reaktionen auf diese Aufforderung schrieb ein am Streit nicht direkt beteiligter Kollege: «Einst dürsteten wir alle nach dem süssen Tropfen, den das Verfassungsrecht aus seinen grossen Generalklauseln gewinnt und der wie Oel verhindert, dass sich die Maschinerie unserer Spezialgebiete festfrisst. Je länger je mehr finden wir uns jedoch einem süssen Regen ausgesetzt. Dieser Regen greift zunächst unmerklich über die Jahrhunderte gewachsene Schicht der einzelnen Rechtsgebiete an». Inzwischen seien die einzelnen Rechtsgebiete von diesem Regen «so krank», dass ihre Regenerationsfähigkeit schwer bedroht sei⁵².

Der Streit schwelte auch im Jahr 1989 und ein in Aussicht genommenes Seminar, das die Fragen diskutieren sollte, fand nicht statt. Später klang die

⁴⁷ Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 6.12.1988, S. 41 ff. (Kaufmann), S. 48 ff. (Huwiler).

⁴⁸ Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 6.12.1988, S. 51.

⁴⁹ Vgl. die Nachweise in Anm. 15.

⁵⁰ Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 6.12.1988, S. 53 f., S. 54.

⁵¹ Eugen Bucher, Kontroverse Verfassungsrecht gegen Privatrecht vom 15. Februar 1989, hektographiert.

⁵² Undatiertes Schreiben (vermutlich Frühjahr 1989).

Auseinandersetzung ab, ohne dass eine inhaltliche Klärung der Standpunkte stattgefunden hätte.

Die Redaktion der Studentenzeitschrift karikierte den intellektuellen Kampf zwischen den Professoren. Sie gab im November 1989 eine sechsseitige Sondernummer «rechts-lechtz» heraus und nahm im Streit um die «Viertwirkung des Dreiminuteneierkochens» Stellung. Sie verurteilte darin «Herrn Prof. Dr. Fluchers unsachliche Kritik an Herrn Prof. Dr. Knüllers wissenschaftlichen Analysen»⁵³.

V. Würdigung des Drittwirkungsstreits

In der Gesetzgebung setzten sich die neuen Anschauungen zumindest im Arbeitsvertragsrecht durch. Der Bundesgesetzgeber bestätigte das Streikurteil politisch⁵⁴. Die 1999 angenommene neue Bundesverfassung beantwortet die Frage nach der Drittwirkung in Art. 35 Abs. 3, sodass der Streit vom Verfassungsgeber geklärt erscheint. Allerdings sind die neuen Grundrechtslehren des Art. 35 BV 1999 noch nicht wirklich etabliert: Die erste Zivilabteilung des Bundesgerichts hat einen Fall, der eigentlich für eine Lösung mittels der Drittwirkung geeignet gewesen wäre, rein privatrechtlich gelöst und Art. 35 BV nicht zum Zug kommen lassen⁵⁵. Eugen Bucher hätte sich einen Weg über das Persönlichkeitsrecht gewünscht und kritisierte das Bundesgericht wegen dessen Annahme einer privatrechtlichen Kontrahierungspflicht heftig⁵⁶. In einem weiteren Urteil Verein gegen Tierfabriken gegen die Post hat die erste Zivilabteilung des Bundesgerichts die Frage einer Drittwirkung angesprochen, aber offengelassen⁵⁷. Es bleibt daher unklar, wann die Praxis in einem privatrechtlichen Fall erfolgreich mit dem Art. 35 Abs. 3 BV 1999 argumentieren kann. Das Bundesgericht weicht dieser Norm aus.

Der Streit ist gerichtlich nicht entschieden; er beruht auf unterschiedlichen ideologischen und rechtstheoretischen Auffassungen. Versucht man erstens die beiden Positionen mit den politischen Ideologien in Verbindung zu bringen, so war Bucher ein Vertreter der klassischen liberalen Theorie der Freiheitsrechte, welche in ihnen die Garantie einer staatsfreien Sphäre des Menschen sieht. Die Vertreter der verschiedenen Spielarten der konstitutiv-

⁵³ Vgl. «rechts-lechtz», eigentlich Jus-Njus, Studenten-Zeitung der Fachschaft Jus an der Universität Bern vom 15.11.1989, S. 3.

⁵⁴ Vgl. Art. 336 Abs. 1 Bst. b OR (AS 1988 1472 S. 1479).

⁵⁵ BGE 129 III 35; vgl. dazu Kley (Anm. 1), S. 329 Anm. 2099 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁶ Eugen Bucher, Nicht «Kontrahierungspflicht» – Schon eher Schutz vor Boykott, BGE 129 III 35 ff. (7. Mai 2002; 4C.297/2001), in: recht 2003, S. 101–115.

⁵⁷ Im Urteil 4A_144/2008 vom 20. August 2008, E. 5.5, liess die I. zivilrechtliche Abteilung die Frage der Grundrechtsbindung immerhin offen, weil die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen ohnehin zu verneinen seien.

institutionellen Grundrechtstheorie und der Drittwirkung, etwa Peter Häberle, Jörg Paul Müller, Peter Saladin und die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts (gemäss Streikurteil Eschler-Urania) vertraten eine objektivrechtliche, sozialstaatliche Position. Danach hat der Staat im Sinne von Forsthoffs «Daseinsvorsorge»⁵⁸ die materiellen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Einzelnen ihre Freiheit effektiv nutzen können. Wie eingangs erwähnt, hatten die Grundrechte historisch von Anfang an auch eine objektivrechtliche Tragweite. Das macht ein modern anmutendes Zitat aus der Schlussrede vom 21. Dezember 1867 des Nationalratspräsidenten Johann Jakob Stehlin (1803-1879) deutlich: «Und dies [die nationale Existenz befestigen, A.K.] kann im Schweizerlande nur da mit Erfolg geschehen, wo für Volksschule, Erziehung, Bildung und Rechtspflege gesorgt wird, und wo eine soziale und gemeinnützige Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung zu Seite steht. Denn nur da, wo solche Thätigkeit und Pflege sich entfalten, können auch die politischen, bürgerlichen, religiösen und wirtschaftlichen Freiheiten verwirklicht werden [...]»⁵⁹. Forsthoffs Überlegungen, die mehr als 70 Jahre später erfolgten, schliessen direkt an Stehlins Rede an.

Die Auseinandersetzung beruhte hinsichtlich der rechtstheoretischen Anschauungen auf einer zweiten grundlegenden Differenz⁶⁰. Es handelte sich um den Gegensatz zwischen neukantischer (positivistischer) und naturrechtlicher Rechtsauffassung. Hans Kelsen strebte eine von moralischen, ethischen und politischen Inhalten freie Rechtswissenschaft an. Er wollte die Rechtswissenschaft, nicht aber das Recht von allen ihr fremden Elementen, insbesondere der politischen Ideologie, reinigen.⁶¹ Bucher selbst bekannte sich in seinem Aufsatz dazu, indem er das «Postulat der Trennung wissenschaftlicher Erkenntnis vorgegebener Rechtsregeln von subjektiver rechtspolitischer Stellungnahme»⁶² aufstellte. Wer mit dieser Sichtweise von Rechtswissenschaft an die auf naturrechtlichen Grundrechten beruhende Drittwirkungslehre herangeht, wird auf eine Wissenschaft stossen, die voller Moral, eben naturrechtlicher Inhalte und politischer Gestaltungsvorschläge ist. Das ist nun – aus Kelsens Sicht – vorausgesetztermassen gar keine Wissenschaft, sondern Politik. Und diese Politik orientiert sich an einer politischen Grundausrichtung, wie die erste Differenz zeigt, nämlich dem Sozialstaatsprinzip, das Bucher ebenfalls ablehnte. Buchers Vorwurf des antijuristischen Denkens zeigt genau diese rechtstheoretische Differenz an.

⁵⁸ Siehe erstmals Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger* (Königsberger rechtswissenschaftliche Forschungen Bd. 2), Stuttgart 1938.

⁵⁹ Vgl. BBl 1867 III 249 ff., insb. S. 251.

⁶⁰ Saladin, *Grundrechte und Privatrechtsordnung* (Anm. 43), S. 99 f.

⁶¹ Vgl. Andreas Kley/Esther Tophinke, Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre, in: *Juristische Ausbildung* 2001 Heft 2, S. 169–174, S. 170 m.w.H.

⁶² Bucher, *Drittwirkung* (Anm. 15), S. 47, Anm. 55.

Der Drittwirkungsstreit demonstrierte nichts anderes als diese doppelte Differenz: Liberalismus versus Sozialismus und logischer Normen-Empirismus (Reine Rechtslehre) versus rationalistisches Naturrecht. Es ist von vorneherein klar, dass eine argumentativ zwingende Entscheidung des Problems nie möglich sein wird. An der Auseinandersetzung fällt aber auf, dass ihre praktische Bedeutung, gemäss der publizierten Rechtspraxis der Gerichte, relativ gering ist.

Schliesslich ist der menschliche Faktor nicht zu übersehen. Das Bundesgericht hatte von Hans Huber die Formulierung übernommen, dass das öffentliche Recht gegenüber dem Privatrecht eine «expansive Kraft» habe⁶³. Diese Aussage von höchster Stelle bestätigte sich in der Drittwirkung, aber sie kollidierte mit der tradierten Auffassung, dass in der Rechtswissenschaft das Privatrecht die Königsdisziplin sei. Diese expansive Kraft des öffentlichen Rechts und seiner universitären Lehre demonstrierte das Bundesgericht im Urteil Eschler-Urania; sie wirkte sich aber bloss symbolisch aus. Das genügte schliesslich, um Empörung auszulösen. Das Thema kam damit explizit zum Vorschein.

Quelle: Andreas Kley, Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987-1989, in: Jean-Baptiste Zufferey, Jacques Dubey, Adriano Previtali (Ed.), *Mélanges en l'honneur de Marco Broghi à l'occasion de son 65^e anniversaire, L'homme et son droit*, Zürich: Schulthess 2011, S. 227-240.

⁶³ BGE 132 III 49 E. 2.2 S. 51; 129 III 161 E. 2.6 S. 165; 119 Ia 59 E. 2a und b S. 51 f. m.w.H.